

LIMITES À REVISIBILIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA INVALIDATÓRIA

ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA

*Auditora Fiscal da Receita Federal e
Mestranda em Direito.*

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os atos emanados da Administração Pública são concebidos como atos jurídicos expedidos, unilateralmente, por agentes públicos no exercício da atividade administrativa, agindo nessa condição e com os poderes a ela inerentes, ou emanados por quem os exerça por delegação, invariavelmente de modo subsumido às normas legais *lato sensu* (ainda quando atos normativos) com o fito de produzir efeitos concretos no mundo jurídico.

Os atos em que o Estado está presente com tais prerrogativas distinguem-se nitidamente daqueles praticados fora do âmbito por excelência do direito público, em que prevalece a idéia de autonomia de vontades: as partes elegem os fins e escolhem os meios, e o Estado se encontra na relação jurídica como se particular fosse.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹, citando Afonso Rodrigues Queiró, afirma que a Administração Pública é a *longa manus* do legislador, ou seja, que a atividade do administrador público é de completa subsunção dos fatos da vida real às categorias legais.

Na prática do ato administrativo, a Administração tem o dever de alcançar a finalidade previamente eleita, configurando-se em uma relação jurídica estruturada

1. “O Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos”, Revista de Direito Municipal, no 9-10, p. 102.

sob o influxo de uma finalidade cogente. Como no dizer do professor Valmir Pontes Filho², “os atos da Administração Pública, ao contrário do que comumente acontece com os atos da vida privada, necessariamente se subordinam a um contexto geral de interesse público. Na base de toda ação administrativa há de estar, indispensavelmente, um objeto, um motivo e uma finalidade pública, sem o que a conduta do administrador resvalaria para os desvãos da amoralidade ou da imoralidade – da ilegitimidade, enfim – em prejuízo dos interesses comuns, que a atividade administrativa tem por fim precípua resguardar. A conduta do administrador público, mesmo aquela situada no campo da chamada discricionariedade, é conduta regrada pela lei e destinada a atender aos interesses da comunidade”.

Daí, decorre a idéia de que nem todo ato administrativo é idôneo para alcançar um fim determinado, mas apenas aquele cuja previsão pelo sistema normativo o indique como sendo especificamente cogitado pela ordem jurídica como o correspondente àquela finalidade legal. Com efeito, a lei não apenas assinala um fim a ser perseguido; a lei também determina qual a tipologia do ato para que seja alcançado aquele fim. Ou seja, não pode o administrador público produzir um ato senão quando seja ele o veículo próprio para atingir certo desiderato que a lei estabeleceu.

Ademais, os atos administrativos são assinalados pela observância a uma forma determinada, indispensável para a segurança e certeza dos administrados quanto ao processo deliberativo e ao teor da manifestação do Estado.

Outra nota distintiva do ato administrativo é a possibilidade de a declaração jurídica transbordar a esfera jurídica do Estado para penetrar na esfera jurídica de terceiros, não requerendo consenso destes terceiros para determinar-lhes, unilateralmente, obrigações.

Nesse contexto, não pode ser olvidado que todo e qualquer ato administrativo só existe, como parcela do ordenamento, se e quando colocado por uma autoridade competente e mediante um processo normativamente previsto, embora a disponibilidade para a produção dos efeitos possa estar subordinada a evento futuro.

A Administração Pública, cujo desempenho das atividades demanda a consecução do bem comum, ante a realidade multifacetada dos fatos e circunstâncias da vida, exige providências distintas conforme as situações concretas, de forma a que o interesse público seja preservado. E, em tal mister, diante das peculiaridades do ato administrativo, impõe-se aos seus executores, uma completa submissão às pautas

2. “Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos”, Revista de Direito Público, vol. 14, jul-dez/1980, p. 188.

normativas. Sendo essa a lição que se extrai dos ensinamentos do professor Hely Lopes Meirelles³, quando assevera que a “Administração Pública, como instituição destinada a realizar o Direito e propiciar o bem comum, não pode agir fora das normas jurídicas e da moral administrativa, nem relegar os fins sociais a que sua ação se dirige. Se, por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes, a atividade do Poder Público desgarrar-se da lei, divorcia-se da moral ou desvia-se do bem comum, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal”.

Entretanto a observância das normas jurídicas pelos atos administrativos deve perpassar a simples idéia da observância da lei em sentido estrito, para que passemos a considerar a sua regência sempre orientada por normas, princípios e valores de ordem pública, pois qualquer atuação estatal somente se legitima em face da subordinação aos relevantes fins concorrentes para o interesse público, à mercê dos quais se estrutura toda a rede dos conceitos administrativos.

A clássica concepção dos controles meramente formalistas deve ser reconsiderada, para adequar-se à compreensão contemporânea do Direito, em que se encara o sistema jurídico como uma rede composta por princípios, normas e valores, com a função de dar cumprimento aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito. E, como ensina o professor Juarez de Freitas⁴, “a regência dos atos administrativos, até mesmo quando envolvem, de maneira oblíqua, atividade de exploração econômica, deve ser matizada por normas juspublicistas, pois qualquer atuação estatal somente se legitima se imantada por uma subordinação a relevantes princípios concorrentes para o interesse público, à luz dos quais se estruturam todos os conceitos administrativos, notadamente o de relações jurídico-administrativistas”.

Neste contexto, forçoso se faz repensar a legalidade administrativa nos seus grandes traços, com o fim de adequá-la às atuais compreensões filosóficas do Direito, que sugere uma redefinição teórica que ultrapasse os limites da estrita conformidade com as regras jurídicas, para alcançar, também, a compatibilidade com os princípios constitucionais do sistema. Assim, os novos limites definidos para o balizamento dos atos administrativos conduzem à redefinição dos contornos da prescrição de legalidade: ao administrador jamais será admitido liberdade para agir em desvinculação com a “principiologia” constitucional

3. Direito Administrativo Brasileiro, 17a edição, p. 183.

4. “Legalidade – Discrecionalidade – Seus Limites e Controles”, Revista de Direito público no 86, p.44.

Entretanto as restrições que enlaçam a Administração Pública e a finalidade que a individualiza despir-se-iam de expressão prática, se não submetidas a um sistema eficiente de controle. E o cotejamento dos atos administrativos com a totalidade do sistema constitucional, em sua rede hierarquizada de princípios, normas e valores avulta em importância se priorizarmos o zelo pela íntegra dos princípios superiores estatuídos na Constituição, como critério decisivo, para estimar uma adequada atuação controladora dos atos da Administração Pública.

O controle efetivo e eficaz da conduta do administrador público, via pela qual são detectadas as desconformidades sistêmicas, é uma garantia de que a relação entre Administração e administrados seja regulada pelas normas vigentes nos ordenamentos jurídicos aplicáveis a cada caso concreto, e pode ser efetuado pela própria Administração, mediante seus mecanismos de autotutela, em conformidade com as determinações do artigo 74 da Constituição Federal, pelo Poder Legislativo, no exercício do controle externo – por intermédio dos Tribunais de Contas – da forma inscrita no artigo 71 da Carta Magna e pelo Poder Judiciário, mediante provocação, cujo princípio regente é o da inafastabilidade do controle jurisdicional do ato produzido em desconformidade com o sistema normativo, firmado pelo artigo 5º, XXXV, da Carta Constitucional.

A averiguação das condições de validade dos atos administrativos, mediante análise da subordinação do poder e de seus exercentes a um quadro normativo geral e abstrato, tem a função precípua de conformar efetivamente a conduta estatal a parâmetros antecipadamente estabelecidos, com o objetivo de defesa dos administrados. E o dever de observância ao sistema jurídico obriga que os atos administrativos gerados em desconformidade com as suas regras sejam expurgados do contexto normativo em que estavam indevidamente inseridos.

Entretanto a desconstituição dos atos administrativos, em algumas situações, pode acarretar a violação de princípios e valores, que afetem diretamente os administrados, podendo envolver conflitos que perpassam os limites de ordem material. A desconstituição de situações de tal jaez, embora em atendimento aos ditames jurídicos, pode acarretar a violação de outros valores igualmente tutelados pela ordem jurídica. Por esta razão, faz-se mister reconhecer a existência de limites à atividade de retirada de tais atos do mundo jurídico, uma vez que, em alguns casos, a manutenção do ato viciado pode produzir consequências menos gravosas que a sua supressão.

A identificação dos limites à revisibilidade dos atos administrativos será o objetivo do presente trabalho, devendo o enfoque centrar-se no controle exercido pela

própria Administração Pública, restringindo-se o estudo à anulação ou invalidação, como forma de sanar as lesões provocadas ao sistema normativo pelo ato eivado de vício.

2. ANULAÇÃO OU INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A compreensão do papel do controlador sistemático dos atos administrativos pressupõe o saber de que, subjacente às exigências meramente formais, está a boa operacionalização da junção dos princípios e das normas. Assim, imprescindível no lidar com os atos administrativos é a sua compatibilização com a totalidade dinâmica e axiológica, que rege as relações entre a Administração e os administrados.

Nesse passo, quando se medita a propósito do controle efetivado pela Administração Pública dos seus próprios atos, resulta imperativo volver o olhar, atentamente, para a dimensão principiológica que deve pautar a tutela, e que funciona como uma zona superior de convergência dos demais aspectos do controle.

O ato administrativo apresenta vício de validade quando transgredir princípio ou norma do sistema jurídico, contrariando a lei e o Direito. Este, aliás, transcende àquela em sua aberta unidade valorativa, por idênticos motivos técnicos e lógicos conducentes à preponderância hierárquica dos princípios sobre as normas. O controle dos atos administrativos somente experimenta significado e razão quando se presta a assegurar que a Administração Pública atue em plena observância dos ditames da lei e, sobretudo, do Direito na sua inteireza. Nesse passo, o controle dos atos administrativos somente experimenta significado e razão quando se presta a assegurar que a Administração Pública atue em plena observância dos ditames da lei e, sobretudo, do Direito na sua inteireza. Nesse contexto, a invalidade traduz-se, pois, numa contraposição, mais ou menos grave, do ato administrativo com a rede hierarquizada de normas, princípios, e de valores regentes das relações de administração.

Impende observar que, o ato administrativo, por força do seu regime jurídico, é sempre presumidamente legal; com efeito, ele será válido até que retirado do mundo jurídico, por uma autoridade competente e mediante um processo próprio. A anulabilidade existe, apenas, previamente e como mera pretensão, via de consequência, o ato gozará da presunção de legalidade até que retirado do mundo jurídico. Segundo o magistério do professor Hely Lopes Meirelles⁵, a “presunção de legitimidade autoriza

5. Op. Citada, p. 141.

a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade, os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares, sujeitos ou beneficiários de seus efeitos”.

No intento de desfazer um vício de natureza jurídica, a invalidação opera-se como uma supressão do ato administrativo anterior, por motivos de legalidade, entendida esta como incompatibilidade do ato produzido com as normas que autorizaram sua produção. A invalidação é uma das formas de extinção do ato administrativo pela sua “retirada”, que implica, sempre, manifestação ulterior da administração, mediante novo ato e que retira o anterior do mundo jurídico ou, quando menos, suprime seus efeitos futuros. O ato anulatório retroage ao passado; assim, seus efeitos operam *ex tunc*, procurando refazer ou, quando menos, recompor os efeitos já produzidos do ato anulado.

A anulação tanto pode ocorrer na via administrativa, em face do princípio da autotutela, como na via judicial, em decorrência da sindicabilidade dos atos administrativos, embora, como já enfatizado, no presente estudo, trataremos apenas da invalidação dos atos administrativos pela própria Administração Pública.

A possibilidade de a Administração Pública, *motu proprio*, promover a retirada do ato que apresentar uma disfunção sistêmica legitima-se com a manifestação do Supremo Tribunal Federal, mediante a Súmula 473, nos seguintes termos: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos ou revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação jurisdicional.”

Embora o estudo aqui desenvolvido tenha o escopo de averiguar a revisão dos atos administrativos apenas por meio da atividade invalidatória, cabe que sejam feitas algumas considerações acerca da revogação, atividade também empreendida pela Administração na revisão dos atos administrativos, e que consiste na supressão do ato administrativo por motivos de conveniência e oportunidade e, diferentemente da anulação, não se cogitando, portanto, de violação ao Direito. Também, diferentemente da anulação, unicamente a Administração Pública pode revogar os atos administrativos que se tenham tornado contrários aos interesses públicos.

Na revogação, não há que se perquirir acerca dos vícios que podem incidir sobre os atos administrativos – o que seria caso de invalidação – em pauta estará tão somente o atendimento ao interesse público pelo ato administrativo, a ser valorado pela Administração.

A revogação elimina a possibilidade de efeitos futuros de ato administrativo pretérito, com eficácia *ex nunc*. Tanto isso é verdade, que os efeitos passados, mesmo que já produzidos, ainda podem ser objeto de ação, desde que haja conflito de interesses entre as partes ligadas pela relação jurídica criada pelo ato. Em outras palavras, o ato revogador retira do ato revogado o efeito de ser fonte de direitos, mas conserva os efeitos produzidos até então. Se a revogação eliminasse o ato, deixaria este de ser uma realidade jurídica passível de conflito ou de reinterpretação.

Não se confunde a revogação com a anulação, vez que a primeira consiste na supressão do ato administrativo por motivos de conveniência e oportunidade, não se cogitando, portanto, de violação ao Direito. Também, diferentemente da anulação, unicamente a Administração Pública pode revogar os atos administrativos que se tenham tornado contrários aos interesses públicos.

Entendida a revogação como um ato que visa ao atendimento do interesse público, a ser valorado pela Administração, tem-se que seja exercida de acordo com a competência discricionária, assim como o fora o ato revogado. Resta claro que, se for admitido ao administrador um único tipo de conduta, será o caso de ato vinculado e, enquanto este assim o for, será impossível cogitar-se da adoção de outra medida.

3. VÍCIOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A atividade administrativa, por se exteriorizar como a aplicação da lei aos casos concretos, para a consecução das necessidades coletivas e, em sendo resultante de trabalho humano, encontra-se em permanente susceptibilidade de erros ou falhas e, ainda, de desvios oriundos de elementos externos à estrutura em que se operam ou, também, de influências perturbadoras da sua regular formação. Para um estudo acerca da atividade invalidatória da Administração Pública, essencial é que sejam analisados os vícios que os atos administrativos, podem apresentar para que os mesmos se tornem sujeitos à invalidação.

A Lei nº 4.717, de 29/06/65, em seu artigo 2º, elenca os vícios capazes de provocar a nulidade dos atos administrativos, caracterizando-os quanto à incompetência e à capacidade do sujeito, à forma, ao objeto, ao motivo e à finalidade, sendo que, no parágrafo único, do mesmo artigo, estão definidas as situações em que se configuram os vícios referidos no *caput* da norma.

Nesses termos, a incompetência será caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; assim, será ilegal quando praticado

por quem não seja detentor das atribuições, legalmente inscritas, ou quando a prática do ato se dê em exorbitância das atribuições do sujeito. Dentre os vícios decorrentes da incompetência do sujeito destacam-se: a usurpação de função, o excesso de poder e o exercício de “fato” de função.

Dá-se a usurpação de função quando o sujeito não foi, de qualquer modo, investido no cargo, emprego ou função, apossando-se, por conta própria, do exercício de atribuições próprias do agente público, sem ser detentor dessa qualidade.

Configura-se o excesso de poder quando o ato é praticado por autoridade que, embora competente para tal, exorbita no uso de suas atribuições, indo além do legalmente permitido, transbordando o âmbito de sua ação regular. Maria Sylvia Zanella di Pietro⁶ afirma que o “excesso de poder ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência; por exemplo, quando a autoridade, competente para aplicar a pena de suspensão, impõe penalidade mais grave, que não é de sua atribuição; ou quando a autoridade policial se excede no uso da força para praticar ato de sua competência”.

Ocorre o exercício “de fato” da função quando o ato, embora apresente toda a aparência de legalidade, é praticado por sujeito que está exercendo irregularmente o cargo, emprego ou função. A aparência de conformidade com a lei, que se reforça pela presunção de legalidade, inerente aos atos administrativos, são fatores preponderantes para que seja empreendida uma distinção segundo as circunstâncias ocorrentes; haverá nulidade apenas quando a incompetência for manifesta e evidente no tratar com o agente. Se, ao contrário, o agente exerce a função como serventuário legítimo, e é por todos aceito como tal, em proteção à boa-fé dos administrados, deve haver ponderações no tocante à anulação dos atos desta forma praticados.

Ainda conforme o parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº 4.717, o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato, nesse passo, o ato estará viciado se, para a sua emissão, não foi observada a forma que a lei determina, ou quando certa finalidade somente possa ser atingida por uma forma predeterminada.

A ilegalidade do objeto, conforme inscrito em referida norma, ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo. Acrescente-se a isso o fato de que o objeto deve ser lícito, possível (de fato e de direito) determinado e observar a moralidade administrativa.

Também a inexistência da motivação é causa de invalidação do ato administrativo, cujo parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº 4.717, diz verificar-se

6. Direito Administrativo, 10a edição, p. 198.

quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido. A exigência da motivação dos atos administrativos tem fundamento no Estado Democrático de Direito, tendo surgido em contraposição à idéia da vontade pessoal do governante; ao motivar a sua ação, o agente público dá conhecimento aos administrados das razões de fato e de direito, e da correlação lógica entre as situações concretas e as providências adotadas, oportunizando a aferição da consonância da conduta administrativa com a lei que lhe deu esteio.

Para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁷, embora não expressa em nossa Carta Constitucional, a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos encontra fundamento implícito no inciso II do artigo 1º, que assinala a cidadania como um dos fundamentos da República, como também no parágrafo único da mesma norma, que assevera ser o povo o detentor do poder, e, no inciso XXXV do artigo 5º, pois “o princípio da motivação é reclamado, quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis”.

No tocante à finalidade, tem-se ser o resultado que a lei prevê como correspondente a cada ato determinado, praticado pela Administração Pública, ou seja, para cada fim a ser atingido existe um ato legalmente descrito; com efeito, a finalidade inerente a cada ato somente pode ser buscada por via dele, segundo o modelo legal. Conforme inscrito no parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº 4.717, o desvio da finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

A essência da finalidade antecede as fases de formação do ato emanado da Administração Pública, vez que a finalidade do ato administrativo é o interesse público efetivamente existente, e o agente público recebe do ordenamento a competência para, declarando a vontade do Estado, realizar o interesse público; além disso, a finalidade deve ser específica do ato praticado, ou seja, “é o resultado previsto legalmente como correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele *comportados*”⁸. Entretanto o atendimento à finalidade pública, escopo do ato administrativo, exige que se empreguem na sua consecução

7. Direito Administrativo, 10a edição, p. 69.

8. Celso Antônio Bandeira de Mello, Op. Citada., p. 247 (destaques do original).

mais que o simples atendimento à legalidade, devendo os agentes públicos observar as diretrizes do sistema jurídico como um todo, mediante seus vários princípios gerais, não se prestando à exibição do resultado útil, satisfatório, mesmo que público, anteparo para a eliminação da censura jurídica quanto a desvios procedimentais.

4. CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DOS VÍCIOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS - ATOS NULOS E ATOS ANULÁVEIS

Elencados os vícios que podem provocar a invalidação dos atos emanados da Administração Pública, passamos a empreender uma análise da extensão dos defeitos apresentados, no sentido de que seja avaliado o nível de invalidade, a partir do que, podem ser pensadas as possibilidades de saneamento, ou não, dos vícios identificados.

Para empreender tal mister, partiremos de uma classificação dúplice para os atos administrativos, que reconhece, quanto à invalidade, a existência de atos nulos e anuláveis. Afastamos as considerações acerca dos chamados atos administrativos inexistentes, por considerar desnecessária a introdução de referida classificação para os atos administrativos ao desenvolvimento do estudo aqui desenvolvido. Isso, sem antes ressaltar, que, qualquer que seja a teoria adotada para a análise dos vícios originários ou supervenientes – geradores da invalidade dos atos administrativos – haverá de observar as peculiaridades do regime administrativista estudado, em face da superlativa especificidade regulatória do processo e da organização envolvendo a Administração Pública.

A partir dessa consideração, pode-se afirmar que se apresentam, no tocante à validade, as seguintes categorias: atos administrativos válidos; atos nulos; e atos anuláveis.

Sobre os atos administrativos válidos tem-se a dizer que se trata daqueles que foram gerados em conformidade com o sistema jurídico em que estão inseridos, sendo aptos a produzir os efeitos que lhe são inerentes. Para Walter Campaz⁹, “sendo o ato administrativo algo que participa da natureza jurídica, eis que produzido por autoridade competente, em face da norma jurídica e mediante o processo especificamente previsto no ordenamento, há que guardar compatibilidade com a norma

9. Revogação dos Atos Administrativos, p. 42.

superior que autorizou sua produção. Assim, a validade do ato administrativo nada mais representa que a compatibilidade vertical do ato produzido com as normas superiores que autorizaram sua produção”. Dos atos administrativos nulos diz-se que são aqueles que afrontam as normas reguladoras da sua emanção, absolutamente eivados de vícios, capazes de fulminá-los desde o seu nascimento, é aquele ato que, por vício essencial, não produz o efeito jurídico correspondente e, por isto, é insanável, não pode ser corrigido; já os atos administrativos anuláveis são aqueles portadores de vícios já não tão graves e, por conseguinte, não-fulminantes.

De tal classificação, pode-se afirmar que as nulidades identificam os atos administrativos, de acordo com sua gravidade e possibilidade sanatória; primeiro, em atos nulos, sem nenhum valor jurídicos, produzido em desconformidade com as exigências do sistema normativo; segundo, em atos anuláveis, portadores de vícios de pequena monta, cuja invalidade pode ser reduzida quando o prejuízo ao interesse público for relevante na anulação. Neste passo, infere-se que a anulabilidade por ser tida como a inidoneidade de um ato para produzir efeitos jurídicos aos quais era preordenado, enquanto a anulabilidade é a inidoneidade de um ato para produzir efeitos insuprimíveis; assim, a diferença marcante entre nulidade e anulabilidade é a impossibilidade sanatória dos atos que a apresentam a primeira, salvo em casos excepcionais, em contraposição à possibilidade de sanabilidade da segunda, seja mediante atos voltados a este objetivo, seja pela consideração das componentes não atingidas pela nulidade, seja pelo decurso do tempo hábil para acionar a invalidação.

Neste passo, pode-se afirmar que o conceito de anulação abarca a noção de nulidade e anulabilidade. Contudo, é imprescindível observar que somente a nulidade haverá de produzir, sem exceção, efeitos *ex tunc* e demais consecutórios, ao passo que tal não ocorrerá obrigatoriamente com os atos anuláveis. Entretanto a jurisprudência pátria, em sua maioria, tende a aceitar que os atos anuláveis, em circunstâncias especiais, devam ser desfeitos mitigadamente, postura que prestigia os princípios da segurança das relações jurídicas e o da boa-fé. Ao contrário, em sendo observada uma ilicitude de natureza significativa e grave, a regra geral precisa continuar sendo a cogente anulação com efeitos *ex tunc*, ou seja, um ato administrativo sem um mínimo de determinabilidade ou destituído de possibilidade está fadado ao vazio, em que pese a presunção *juris tantum* de legitimidade dos atos administrativos, o que justifica a produção de efeitos apenas em relação aos terceiros de boa-fé.

Resta, assim, que a anulabilidade sucede quando os vícios não ofendem essencialmente o sistema, enquanto a nulidade ocorre pela erupção de indubitosa contrariedade nuclear ao mesmo, entretanto, os atos nulos e anuláveis.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰ elenca como atos nulos aqueles que a lei declare como tais, e aqueles cuja convalidação é racionalmente impossível partindo do pressuposto de que, se o mesmo conteúdo (o mesmo ato) fosse novamente produzido, estaria presente a invalidade anterior, e traz como exemplos: atos de objeto (conteúdo) ilícito, os praticados com desvio de poder, aqueles em que não esteja presente o motivo vinculado ou a causa (que considera como sendo o vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato, ou seja, sua correlação lógica).

Por outro lado, para o mesmo autor, são anuláveis aqueles que a lei assim os declare e os que podem ser re praticados sem a repetição do vício anterior, citando como exemplo de tais atos: os expedidos por agente incompetente, aqueles editados com vício de vontade e os produzidos com defeito de formalidade.

A posição adotada pelo autor envolve uma consideração lógica sobre a essencialidade do vício identificado e os efeitos da anulação, decorrendo daí uma apreciação sobre os aspectos comuns e diferenciais significativos dos atos nulos e anuláveis, que resume da forma a seguir descrita:

1) os atos administrativos nulos e anuláveis apresentam aspectos comuns quanto:

- a) à persistência de efeitos em relação a terceiros de boa-fé, bem como de efeitos patrimoniais pretéritos concernentes ao administrado que foi parte na relação jurídica, não tendo este concorrido para o vício do ato e agiu de boa-fé, não pode resultar em benefício ilícito para a Administração às custas do administrado, causando-lhe danos injustos;
- b) à resistência que os administrados lhes oponham, pois, para o autor, quer se trate de anulação ou de anulabilidade, a oposição do administrado representará uma antecipação do juízo que será empreendido posteriormente pelo Poder Judiciário sobre a invalidade do ato: se o pronunciamento judicial for favorável ao administrado, sua resistência será havida como legítima, se não, a resistência será tida por ilegítima, não interferindo, para tal, a questão de o ato ser nulo ou anulável;
- c) à eliminação retroativa dos seus efeitos, uma vez declarada a invalidade, ressalvados apenas os terceiros de boa-fé e o dano injusto ao administrado que não concorreu para o vício do ato.

10. Op. Citada, p. 302.

2) os atos administrativos nulos e anuláveis apresentam aspectos diferenciais quanto:

- a) à possibilidade de convalidação: apenas os atos anuláveis são passíveis de ser convalidados, os atos nulos podem somente – e quando a hipótese comportar – ser “convertidos” em outros atos;
- b) à arguição do vício que possuem: o vício do ato anulável somente pode ser reconhecido pelo Poder Judiciário se o interessado o arguir; tratando-se de ato nulo, a nulidade pode ser conhecida, de ofício, pelo juiz ou sob provocação do Ministério Público (quando caiba a este intervir no feito);
- c) à prescrição: a exemplo do que se verifica no Direito Privado, predomina a idéia da adoção de prazos longos para impugnar atos nulos; e mais breves para impugnar atos anuláveis; entretanto, considerando-se a prescrição do direito de o Estado invalidar seus próprios atos ou impugná-los em juízo, salvo leis administrativas especiais

5. CONVALIDAÇÃO

Convalidação é o termo usualmente adotado para designar o fenômeno jurídico da reorganização do ato administrativo inválido, objetivando sua conservação no mundo jurídico, que consiste no suprimento da invalidade verificada, com efeitos retroativos, e que pode advir como uma providência da própria Administração Pública, ou do administrado afetado pela prestação viciada, quando a edição do ato dependia da manifestação da sua vontade e a exigência não foi observada, o que pode ser suprido posteriormente.

A admissibilidade da convalidação dos atos administrativos liga-se à idéia da coexistência de atos inválidos, que devem ser obrigatoriamente anulados, e atos, também inválidos, mas que, não necessariamente, devam ser anulados sem que se infrinjam princípios administrativos fundamentais. Os atos passíveis de convalidação são aqueles categorizados na classe dos anuláveis.

O termo convalidação abrange procedimentos cuja aplicação específica passa pelo exame do vício apresentado, e tem por referencial os elementos do ato administrativo: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

O ato administrativo praticado com vício de incompetência do sujeito pode ser corrigido por meio da retificação, desde que não se trate de competência outorgada

com exclusividade, hipótese em que são excluídas as possibilidades de delegação ou de avocação, nas matérias de competência exclusiva das pessoas políticas, em que não é possível a ratificação do ato praticado pela pessoa incompetente, ou quando haja incompetência em razão da matéria, caso em que existe exclusividade de atribuições.

Quando ocorre ilegalidade no tocante ao objeto ou conteúdo do ato administrativo, em relação a esse elemento, é possível a conversão do ato, que implica a substituição do ato viciado por outro perfeito, com efeitos retroativos à data do ato original, fato pelo que há quem não concorde estar incluída a conversão no gênero convalidação, vez que se trata de um novo ato em que apenas são aproveitados os efeitos já produzidos. Mediante o instrumento da conversão, a Administração não conserva figura do ato original, mas compõe outro, válido, com as peças válidas que o primeiro contém.

Tratando-se de vício relativo ao motivo e à finalidade, não é possível a convalidação, isto porque, se considerarmos a deficiência em relação ao motivo, trata-se da ocorrência ou não de uma situação de fato, o que torna impossível a alteração retroativa; considerando-se o vício quanto à finalidade, não é permitida a correção de um ato praticado contra o interesse público ou com finalidade diversa daquela inscrita na lei, vez que não é possível corrigir um resultado decorrente da intenção do agente.

Cabe, aqui, a referência, embora superficial, aos institutos da reforma e da confirmação, que não se confundem com a convalidação, sendo que a reforma afeta o ato administrativo válido, e se opera por razões de oportunidade e conveniência, produzindo efeitos para o futuro; e a confirmação implica a renúncia ao poder de anular o ato ilegal, não corrigindo o seu vício, e mantendo-o tal como foi praticado.

A confirmação justifica-se pelo fato de que, diferentemente do que ocorre no Direito Privado, em que é possível a parte prejudicada pelo ato ilegal deixar de impugná-lo, nos casos de nulidade relativa, convalidando-o, a Administração Pública, embora não possa ficar sujeita à vontade do particular para decretar ou não a nulidade, pode deixar de fazê-lo por razões de interesse público, quando a anulação possa causar prejuízos maiores que a manutenção do ato, desde que não cause prejuízo a terceiros. Diz-se, ainda, que ocorre a confirmação tácita quando, em decorrência da prescrição do direito de anular o ato, a Administração, tacitamente, o confirma. No caso, não há propriamente renúncia da Administração, mas uma confirmação pelo decurso do tempo, o que se deve à impossibilidade de anulação, decorrente da fluência do prazo demarcado para tal.

6. LIMITES À COMPETÊNCIA INVALIDATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os atos administrativos, como já enfatizado, gozam da presunção de legitimidade e veracidade, de maneira que toda e qualquer teoria que se formule sobre a sua invalidação estará inexoravelmente envolvida por tal presunção, o que acarreta uma tendência à redução da competência invalidatória de tais atos. Tendo-se por firmada a idéia de que a restauração da legalidade atingida pelo ato viciado é o interesse público que preside as atividades de invalidação e de convalidação dos atos administrativos, deve-se ter sempre presente a consideração de que, em muitas das vezes, esse interesse público será melhor atingido se não se operar a supressão de tal ato do mundo jurídico.

A Administração Pública quando do uso de sua competência invalidatória, exerce, segundo Edmir Netto de Araújo¹¹, como uma faculdade ou um poder discricionário de tomar medidas e decisões para prover às exigências da realização do interesse público, dentro dos quadros da legalidade, não podendo, entretanto, eximir-se de tomar medidas quando confrontada com o interesse público *in concreto*. Nesse mister, devem ser considerados fatores como o decurso do tempo, o princípio da segurança jurídica, o princípio da confiança ou da boa-fé nas relações administrativas, e o sopesamento dos bens jurídicos atingidos, por meio do princípio da proporcionalidade. Isto sem que seja olvidada à observância às regras relativas à competência para invalidar, às possibilidades recursais, e ao esaurimento da competência administrativa, como também, a necessidade de procedimento administrativo próprio.

A seguir, empreenderemos uma análise da influência que cada um de tais fatores exerce na limitação da competência invalidatória da Administração Pública.

6.1 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A consideração da presunção de legitimidade e veracidade de que gozam os atos administrativos geram uma aparência de regularidade, na qual os administrados confiam e pela qual orientam seus atos. Caso contrário, restaria uma eterna relação de desconfiança acerca das diretrizes traçadas pela Administração Pública por meio

11. Convalidação do Ato Administrativo, p. 129.

de seus atos, o que ocasionaria uma situação de incerteza que vai de encontro ao princípio da segurança jurídica.

Um dos interesses fundamentais do direito é a estabilidade das relações constituídas, é a pacificação dos vínculos estabelecidos, a fim de que seja preservada a ordem, objetivo que se ressalta nas relações entre administrados e a Administração Pública, cujos atos têm ampla repercussão, alcançando inúmeros sujeitos, interferindo na ordem e estabilidade das relações sociais em grande escala. Sendo o princípio da segurança jurídica coincidente com os próprios fins do Estado Democrático de Direito, seu fundamento baseia-se na necessidade de que os indivíduos tenham o conhecimento prévio das ações dos poderes públicos, como garantia de estabilidade e firmeza de orientação.

Tratando-se de invalidação dos atos administrativos, é inegável um aparente confronto entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da legalidade, tal dificuldade pode ser ultrapassada com a consideração do interesse público a ser alcançado, mediante o sopesamento do princípio que melhor se adapta ao caso concreto, como nos ensina Almiro Couto e Silva¹², quando assevera que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, o interesse público recomende que aquele seja aplicado a este ou não. Todavia se se verificar a hipótese inversa, isto é, se o interesse público maior for que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido pela conjugação da boa-fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido.

6.2 DECURSO DO TEMPO

A necessidade inerente ao ser humano de segurança e estabilidade para planejar sua vida impede que o direito admita que determinadas situações fiquem eternamente pendentes de desfecho.

O exercício de qualquer direito está subordinado ao tempo, que atua atingindo-o, seja ferindo o próprio direito, seja comprometendo o seu exercício. A determinação de um lapso temporal impõe-se não só porque as relações jurídicas não devem ser perpétuas, mas também porque a inércia do seu titular não pode ser prestigiada.

12. “Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo”, Revista de Direito Público, no 84, p. 46.

Em decorrência do decurso do tempo são operadas várias modificações nas relações jurídicas: adquirem-se e extinguem-se direitos, cumprem-se punições e, às vezes sem perder o direito, perde-se a oportunidade de operacionalizá-los pelos meios próprios.

Nesse contexto e, atuando a Administração Pública sob a égide de um ordenamento jurídico que não tolera a eternização dos conflitos, é de se supor a sua sujeição ao lapso temporal para o desfazimento dos seus próprios atos. Confronta-se diretamente com o princípio da segurança jurídica a possibilidade de a Administração Pública, a qualquer tempo, invalidar seus atos, mesmo que transcorrido longo lapso temporal e após a consolidação de situações ampliativas de direitos para particulares de boa-fé.

Nos domínios da Administração Pública, dado o seu poder de império do qual nunca realmente se desveste, até mesmo por lhe ser ínsito e indispensável, a necessidade de oclusão das suas possibilidades jurídicas de agir se impõe em toda sua dramática crueza, para se eliminar de sobre a cabeça das pessoas que com ela se relacionam a afiada espada de Dâmocles suspensa por um fio cada vez mais delgado¹³.

O fundamento da consideração do lapso temporal para que a Administração exerça a autotutela reside no princípio da conservação dos valores jurídicos já concretizados, a fim de que seja privilegiada a estabilidade das relações jurídicas, mais fortemente justificável quando se trata de atos administrativos, que são dotados de imperatividade, auto-executoriedade e presunção de legitimidade.

A doutrina brasileira mais moderna orienta-se no sentido de admitir que, quer se trate de atos nulos ou anuláveis, o decurso do tempo impede a anulação, uma vez que o interesse da estabilidade das relações jurídicas entre Administração e administrados é interesse público relevante, impondo-se sua preservação, quando ultrapassados os prazos impugnatórios, independentemente da natureza do vício apresentado.

O professor Hely Lopes Meirelles¹⁴ observa que, apesar das divergências com a doutrina estrangeira, impõe-se a estabilização dos atos que superem os prazos admitidos para sua impugnação, qualquer que seja o vício que se lhes atribua e que, quando é afirmado que os atos nulos podem ser invalidados a qualquer tempo, pressupõe-se, obviamente, que tal anulação se opere enquanto não prescritas as vias impugnativas internas e externas, pois, se os atos se tornaram inatacáveis pela Administração e pelo Judiciário, não há como pronunciar-se sua nulidade.

13. Napoleão Nunes Maia Filho, in *Temas de Direito Administrativo e Tributário*, p. 59.

14. Op. Citada, p. 190.

Necessário é reconhecer que o tempo, fator fundamental na vida humana, possui, efetivamente, o poder de sanar determinadas situações que contenham alguma espécie de vício, constituídas à sombra do ato nulo, estabilizando-as e admitindo a sua transformação em situações de direito. O estado de pendência eterna não se compatibiliza com o objetivo nuclear da ordenação jurídica, que é a estabilidade das relações.

6.2.1 O PRAZO DETERMINADO NA LEI nº 9.784/99

O tratamento do efeito do decurso do tempo sobre a invalidação dos atos administrativos abre espaço para que se traga à colação considerações acerca das determinações da Lei nº 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999, que, em seu artigo 54, determina:

“Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

Primeiramente, merece destaque a observação de que o prazo legalmente determinado é decadencial, sendo que o instituto da decadência se positiva alcançando o direito em sua essência, que, devido à imobilidade ou desinteresse do titular, extingue-se, em definitivo, com a fluência do prazo legal. O titular do direito tinha a obrigação de agir no prazo que a lei lhe assegurou, se ficou inerte, perdeu o direito que o protegia. Assim, na ocorrência da decadência, tem-se um direito nascido que não se torna efetivo em consequência do seu não-exercício.

A decadência é instituto que não se confunde com prescrição, pelos seguintes aspectos: pelo objeto – porque atinge diretamente os direitos; pelo momento de início – a decadência começa a correr desde o momento em que o direito nasce, enquanto a prescrição passa a correr a partir da violação do direito, e, pela natureza diversa do direito que se extingue – a decadência supõe um direito que, embora nascido, não se tornou efetivo pela falta de exercício, ao passo que a prescrição supõe um direito nascido e efetivo, mas que pereceu pela falta de proteção da ação, contra a violação sofrida.

O fato de a Administração Pública não necessitar valer-se de ação para determinar a invalidação dos atos viciados, emitidos por seus agentes leva alguns

autores a considerar que o instituto indicado para determinar a fluência dos prazos extintivos para a Administração rever seus atos é a decadência, manifestando-se acerca da impropriedade da adoção do termo “prazo prescricional”, tendo o pensamento de Hely Lopes Meirelles¹⁵ grande relevância neste sentido, ao afirmar que a prescrição, como instituto jurídico, pressupõe a existência de uma ação judicial atada à defesa de um direito, porque ela significa a perda da respectiva ação, por inércia do seu titular, impropriamente falando-se em prescrição administrativa para indicar o escoamento dos prazos para interposição de recurso no âmbito da Administração, ou para a manifestação da própria Administração sobre a conduta de seus servidores ou sobre os direitos e obrigações dos particulares perante o Poder Público.

Neste passo, as determinações da norma inscrita no artigo 54, da Lei nº 9.784/99, apresenta conformidade com os princípios limitadores do exercício da autotutela, ou seja, confirma que a Administração Pública é sujeita à observação do lapso temporal para desfazer os atos em que foram verificadas ilegalidades no seu processo de formação, ou seja, demarca um prazo que, superado, impede a Administração rever seus próprios atos: anulá-los quando a nulidade é absoluta, ou optar entre anulação e convalidação, nos casos de nulidades relativas.

Ressalte-se que a imposição de prazo para que a Administração promova o exercício dos seus direitos não é novidade em nosso sistema normativo, podendo ser citado como exemplo o prazo decadencial, inscrito no artigo 173, da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional), em que se encontra demarcado o prazo de cinco anos para que a Fazenda Pública constitua o crédito tributário.

O dispositivo legal em foco encontra-se em total sintonia com o princípio da conservação dos valores jurídicos já concretizados, em que o decurso do tempo sana situações de fato, que, embora nascidas sem justo título, tidas e havidas depois, contínua, pacífica e publicamente por situações juridicamente inseridas e, como tais, acabadas, durante largo espaço de tempo, não devem poder ser destruídas por via de tardia impugnação contenciosa.

Entretanto, em nosso entendimento, não estariam abrangidas pela decadência determinada no mandamento legal em comento aquelas situações em que ocorreram comprovada má-fé, em que estejam presentes o dolo, a fraude ou a simulação, as decorrentes de atos que ordenem a prática de condutas criminosas e aquelas que se encontrem em total confronto com determinações constitucionais em que esteja relevantemente presente o interesse público. Observamos que tais considerações

15. Op. Citada, p. 583.

apenas se confirmarão, ou não, com a aplicação de tal norma aos casos concretos no decorrer do tempo, sendo que situações outras, aqui não lembradas, poderão se demonstrar relevantes de forma a serem excluídas da sua incidência.

Impende, ainda, destacar-se, que o mandamento na norma entelada restringe-se ao âmbito federal, não vinculando Estados e Municípios, uma vez que a matéria não se encontra entre as elencadas no artigo 22, da CF/88, como de competência privativa da União.

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

(...).”

6.3. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA OU DA BOA-FÉ NAS RELAÇÕES ADMINISTRATIVAS

A confiança dos administrados decorre, também, da presunção de legitimidade e veracidade de que gozam os atos administrativos e refere-se a uma vertente subjetiva, compreendendo a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos do Poder Público.

A necessidade da proteção da boa-fé dos administrados decorre do próprio princípio da moralidade administrativa, impondo à Administração a obrigação de proceder em relação aos administrados com sinceridade, sendo-lhe defeso qualquer comportamento eivado de astúcia ou malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício dos direitos por parte do cidadão.

A boa-fé incorpora o valor ético da confiança e comporta uma regra de conduta, uma conduta normal, reta e honesta, a conduta de um homem médio. Representa uma das manifestações mais fecundas de irrupção do conteúdo ético e social e serve de leito para a integração do ordenamento com algumas regras ético-materiais como a idéia de fidelidade, de crédito e de confiança.

Para Canotilho¹⁶, os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica formulam-se a partir da consideração de que o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, às posições jurídicas e às relações, praticadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, ligam-

16. Direito Constitucional, pp. 377-378.

se os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas.

O professor Juarez Freitas¹⁷ trata o princípio da confiança nas relações administrativas, enfatizando que, não obstante tratar-se de manifesto resultado da junção dos princípios da moralidade e da segurança das relações jurídicas, seu tratamento merece relevo particularizado, vez que tal princípio estatui o poder-dever de o administrador público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação timbrada de autêntica fidúcia mútua, no plano institucional.

Respalhado na teoria da aparência de legalidade dos atos administrativos, e observando o princípio da boa-fé, o STF se pronunciou no sentido de não invalidar os atos praticados por funcionário investido em cargo público, ainda que, por lei inconstitucional, protegendo-se os terceiros de boa-fé, como a seguir:

“FUNCIONÁRIO PÚBLICO. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. ILEGALIDADE DA INVESTIDURA. VALIDADE DO ATO PRATICADO POR FUNCIONÁRIO DE FATO. Apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de oficial de justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido.” (RE nº 78.594-SP, *in* RTJ 71/570)

6.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A elaboração do princípio da proporcionalidade para a resolução dos problemas de conflitos entre direitos ou bens juridicamente tutelados permite a realização do conteúdo de uma norma constitucional, adequando-a às necessidades concretas sem fugir da racionalidade do sistema. O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e os bens contrapostos, deve ter uma medida que permita alcançar o melhor ajuste entre os meios utilizados e os fins propostos.

Em todas as manifestações do homem, como ser social, observa-se o princípio de que a reação há que ser sempre proporcional à ação, e que as providências adotadas, ou as soluções propostas pelos particulares ou pelo Estado, devem ser adequadas aos interesses das demais pessoas ou administrados.

17. O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, pp. 72/73.

A idéia de proporcionalidade, como não poderia deixar de ser, permeia o direito desde as primeiras manifestações de juridicidade pelo homem e “praticamente se confunde com a própria idéia de “direito”, o *aequum*, o *kanón*, a *regula*, materializada simbolicamente no *equi-librium* da balança que porta Thémis”¹⁸.

O princípio da proporcionalidade, portanto, tem raízes muito antigas, mas, sua manifestação mais próxima à noção que hoje se tem dele deve-se ao direito administrativo francês, ao tempo do florescimento do jusnaturalismo, como limitação do poder de polícia, para coibir medidas excessivamente gravosas aos direitos dos cidadãos. Alcançou a Europa Continental e, por obra dos alemães, após a Segunda Guerra Mundial, sedimentou-se como cânone do direito constitucional, trazendo uma reinterpretação das normas constitucionais relativas a direitos fundamentais. Na América, tal princípio foi primeiramente inserido na cláusula do *due process of law*, da Constituição dos Estados Unidos, inspirando o controle material da constitucionalidade há praticamente um século.

Entre nós, aos poucos, os operadores do direito vão se dando conta dessa necessidade intrínseca ao bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito, que é reconhecer e empregar o princípio da proporcionalidade, embora, na Constituição brasileira não esteja gravada a previsão expressa do princípio em tela, à diferença do caminho seguido por constituintes de outros países, que o inscreveram, na fase atual do constitucionalismo, iniciado no segundo pós-guerra. Como exemplo da constitucionalização expressa do princípio da proporcionalidade, citamos a Constituição portuguesa, promulgada em 1974, que, no inciso II, do artigo 18, estabelece: “A lei só poderá restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Embora, como já enfatizado, não esteja o princípio da proporcionalidade expresso na carta de nosso país, o seu reconhecimento pode se dar invocando-se o disposto no parágrafo 2º, do artigo 5º, que determina: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ...”. Assim, como defende o professor Willis Santiago Guerra Filho¹⁹, a ausência de previsão normativa do princípio da proporcionalidade no sistema constitucional brasileiro não é óbice ao seu reconhecimento.

18. Willis Santiago Guerra Filho, *in* Ensaio de Teoria Constitucional, p. 71.

19. “Sobre Princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade”, RT no 719, pp. 59/60.

Entretanto, para que o princípio da proporcionalidade seja entendido em todo o seu alcance e sentido, faz-se mister referir qual seria o seu conteúdo.

Enquanto disposição constitucional, o conceito de proporcionalidade somente se compreende se considerarmos o advento histórico das concepções do Estado de Direito, principalmente aquela ligada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito aos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica

A adoção do princípio da proporcionalidade representa, talvez, a nota mais distintiva entre essa concepção de Estado de Direito e a outra que lhe foi anterior, que se vinculava doutrinariamente ao princípio da legalidade estrita, com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar.

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao direito constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que o princípio ganha extrema importância e auge. Entendido como um mandamento de respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro (s), na medida do jurídica e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três princípios parciais: o princípio da adequação, o princípio da exigibilidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Os princípios parciais da adequação e da exigibilidade determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, adequado, observando-se a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização; além disso, esse meio deve se mostrar exigível, o que significa não haver outro igualmente eficaz e menos danoso, significando que nenhum meio menos gravoso revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Por seu turno, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado e o meio empregado, tal correspondência dever ser, juridicamente, a melhor possível.

Nota-se, assim, que o princípio da proporcionalidade, em sua tríplice manifestação, tem sempre em vista o fim colimado, fim esse que pode ser atingido por diversos meios, por um dos quais se haverá de optar. O meio a ser escolhido deverá ser adequado para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Deverá, também, ser comprovada a exigibilidade do meio escolhido, que deverá se mostrar como “o mais suave” dentre os diversos disponíveis, ou seja, o menos agressivo aos bens e valores protegidos, que porventura colidam.

A aplicação do princípio da proporcionalidade como limitador da atividade invalidatória dos atos administrativos se dá pela via de consideração de que o adminis-

trador público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos, assim, no exercício da competência invalidatória não que ser ponderados os bens jurídicos atingidos, de forma a que prevaleça aquele que atenda ao interesse público, com o sacrifício mínimo dos demais.

Sob o aspecto da adequação, deve ser examinada a pertinência ou aptidão de determinada medida a fim de que seja averiguado se representa o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público; examina-se aí, a adequação, a conformidade ou a validade do fim.

Se a invalidez do ato jurídico, como sanção à infringência à lei, importa conseqüências mais nocivas que as decorrentes de sua validade, é o caso de deixá-lo subsistir. Estabelece-se, aí, uma hierarquia entre dois princípios basilares: o princípio da legalidade, abstratamente considerado, em virtude do qual as normas devem ser obedecidas, e o ocorrente na espécie, que se apresenta, eventualmente, por motivos de ordem prática, de justiça e de equidade, em condições de superar o primeiro.

Ao ver do professor Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰, embutida no princípio da proporcionalidade está a idéia “de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos, cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência, ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

6.5. O EXAURIMENTO DA COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA

A atividade de invalidação dos atos administrativos pela Administração Pública situa-se no âmbito da própria função administrativa. Assim, as regras relativas à competência para invalidar, às possibilidades recursais, ao esaurimento da instância administrativa vão constituir um limite à possibilidade revisional da Administração sobre a legalidade dos seus próprios atos.

Com efeito, a exaustão dos canais internos de revisão do ato administrativo por motivos de legalidade faz com que determinada decisão se torne definitiva para a Administração, a qual já não pode, por atividade própria, desfazê-la. Tal situação ocorre tanto pelo fato de todos os meios recursais já se haverem esgotado, como por haver o ato sido submetido a alguma forma de controle externo.

20. Op. Citada, p. 67.

6.6. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Tendo o ato administrativo natureza jurídica, eis que produzido por autoridade competente em face da norma jurídica e mediante o processo especificamente previsto no ordenamento, há que guardar compatibilidade com as normas que autorizaram sua produção. Assim, a validade do ato administrativo nada mais representa que a compatibilidade com o sistema normativo que o respalda. Disto, decorre que qualquer eventual vício de incompatibilidade do ato com as normas do sistema só ocorrerá, via jurisdicional ou administrativa, quando constituída também por autoridade própria e mediante processo próprio.

E, embora indiscutível a possibilidade de a Administração invalidar seus próprios atos, desde que não se verifique nenhuma das limitações antes mencionadas, tal atuação deverá processar-se respeitando o comando contido no artigo 5º, LV, da CF/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

O referido preceito constitucional importa na constitucionalização da processualidade administrativa, determinando que toda situação na qual haja contraposição de interesses, entre a Administração e os particulares, seja resolvida por intermédio de uma fórmula processual, impondo, ainda, que esta seja informada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A jurisprudência pátria tem se manifestado neste sentido, ilustrando tal posicionamento decisão do STF, cuja ementa a seguir se transcreve:

“ATO ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÕES. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. SITUAÇÃO CONSTITUÍDA. INTERESSES CONTRAPOSTOS. ANULAÇÃO. CONTRADITÓRIO. Tratando-se de ato administrativo cuja formalização haja repercutidos “no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada a situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular.” (STF, RE nº 199.733-MG)

Das considerações empreendidas, pode-se concluir que o essencial, no exercício objetivo e fundamentado do controle da revisão dos atos administrativos, é que não sejam afastadas as balizas principiológicas e normativas do sistema jurídico em que estão inseridos, sem perder de mira os apelos peculiarizantes do caso concreto. Nesse contexto, fica demarcada a relevância de fatores limitantes à atividade invalidatória dos atos administrativos pela Administração Pública, a partir do que podem ser feitas as seguintes considerações: sempre que comprovada ou fortemente presumível a má-fé ou qualquer outra violação suscitadora de nulidade absoluta, os atos administrativos formalmente ilegais na sua origem, ou supervenientemente, mesmo após longo lapso de tempo, devem ter a sua nulidade decretada *ex tunc*; uma vez incontrastável a boa-fé do administrado, os atos administrativos podem ser, excepcionalmente, anulados com efeitos atenuados, quando da passagem de um médio lapso temporal, desde que se sobressaia, objetivamente, o princípio do interesse público, que funciona como permanente delimitador da atuação do agente administrativo; e os atos administrativos de nulidade relativa ou anuláveis devem ter a sua nulidade decretada, quando da passagem de um reduzido lapso temporal, com efeitos *ex tunc*, salvo quando princípios superiores determinarem a convalidação, a qual será, por assim dizer, mais cogente, no caso, do que a também vinculada anulação.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mister de bem controlar os atos administrativos, avulta em importância cotejá-los com a totalidade do sistema constitucional do Direito Administrativo, em sua dimensão de rede hierarquizada de princípios, normas e valores, não apenas controlando a legalidade estrita.

Com efeito, a noção de controle, excessivamente limitada a juízos de mera conformação às regras, haverá de experimentar dignificação e realce em termos de efetividade, máxime na tarefa de outorgar concretização aos princípios superiores da moralidade, da legalidade, da impessoalidade, da confiança, da segurança jurídica, da eficácia ou economicidade, da proporcionalidade ou vedação de excessos.

Neste passo, a revisão dos atos administrativos, resultado dessa ação de controle, deverá observar a íntegra dos princípios regentes da Administração Pública, inclusive quando se mostre justificável a preponderância episódica de um, sem exclusão ou supressão recíproca dos demais, devendo, pois, ser efetuada em um espectro mais

largo, tendo-se que todos os atos hão de ser interpretados à vista dos fins que, no topo do sistema, identificam-se com os princípios constitucionais.

Para tanto, é mister apontar novas perspectivas e cobrar soluções o mais axiologicamente aptas a garantir e ampliar a eficácia conjunta dos princípios e das normas juspublicistas à luz dessa subordinação à lei e ao sistema que a transcende, em intensidade e extensão. Nessa ótica, os princípios e as regras ou normas regentes das relações jurídico-administrativas poderão experimentar o reconhecimento de sua plena juridicidade, deixando de figurar como enunciados meramente retóricos e despidos de raízes da realidade, pressupondo a adoção do verdadeiro entendimento de que a Administração há de pautar os seus atos em sintonia com a lei, mas, acima disso, precisa, de modo efetivo e eficaz, harmonizá-los com os princípios fundamentais do Direito Administrativo.

Semelhante propósito presume o combate dos defeitos dos atos administrativos, sem cometer, entretanto, o equívoco de converter o próprio combate num vício de desproporcionalidade, gerando situações em que o saneamento do vício detectado, muitas vezes, pode trazer conseqüências mais danosas ao interesse público que o seu albergamento no sistema. O que requer um sopesamento entre os bens jurídicos atingidos, de forma a que prevaleça aquele que atenda ao interesse público, com o sacrifício mínimo dos demais.

O controle dos atos administrativos, mesmo que efetuado pelos mecanismos de autotutela da Administração Pública, e, sem descurar das indispensáveis cautelas formais, deve-se dar com o cotejo rigoroso do ato em face dos valores, dos princípios e das normas do sistema constitucional, numa ponderação apta a viabilizar a concretude dos mais altos fins do Direito Administrativo, outorgando-lhes a devida eficácia social, em harmonia com a idéia chave de que a Administração Pública deve obediência à lei e ao Direito.

O sistema jurídico, em geral, precisa ser visto, controlado e aplicado como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios, de normas e valores jurídicos, cuja função é a de dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados expressa ou implicitamente, na Constituição Federal. O Direito Administrativo sobressai-se, sem dúvida, como um dos mais elevados ramos desse sistema. Nada mais necessário, por isso mesmo, do que ter bem presente o catálogo de seus princípios constitucionais, tudo para reforçar a mencionada visão enfaticamente substancialista do fenômeno jurídico e de seu controle.

8. BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Convalidação do Ato Administrativo*, Editora LTR, São Paulo, SP: 1999.
- CAMPAZ, Walter. *Revogação dos Atos Administrativos*, Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo, vol. 12, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, SP: 1983.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, Portugal: 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 10ª edição, Editora Atlas S/A, São Paulo, SP: 1998.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e Os Princípios Fundamentais*, Malheiros Editores, São Paulo, SP: 1997.
- _____. “Controle Teleológico dos Atos Administrativos”, *Ajuris*, vol. 23, nov-1996.
- LEITE, Fábio Barbalho. “O Controle da Constitucionalidade dos Atos Administrativos Normativos Perante o Princípio da Moralidade Administrativa”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*,
- MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Temas de Direito Administrativo e Tributário*, UFC - Casa de José de Alencar – Programa Editorial, Fortaleza, Ceará: 1998.
- MATOS, Mauro Roberto Gomes de. “Da Legalidade da Antecipação de Tutela Contra o Poder Público – Controle Efetivo dos Atos Administrativos”, *Revista de Informação Legislativa* nº 139, Julho-Setembro/1998, ano 35, Senado Federal - Secretaria Especial de Editoração e Publicações – Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, DF.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, SP: 1992.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 10ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, SP: 1998.
- _____. “O Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos”, *Revista de Direito Municipal* nº 9-10, Julho-Dezembro/1978, ano III, Tipografia Editora La Salle, Canoas, RS.
- OLIVEIRA, Floriana Quadros Martins de. “Do Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos no Brasil”, *Revista de Informação Legislativa* nº 55, Julho-

- Setembro/1977, ano 14, Senado Federal - Secretaria Especial de Editoração e Publicações – Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, DF.
- PONTES FILHO, Valmir. “Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos”, Revista de Direito Público, vol. 14, jul-dez/1980.
- RUSSOMANO, Rosah. “Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos e a Constituição Vigente”, Revista da Faculdade de Direito da UFMG nº 22 (nova fase), outubro/1979, ano XXV, Imprensa Universitária.
- SILVA, Almiro Couto. “Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo”, Revista de Direito Público, nº 84, 1987.
- SILVA, Clarissa Sampaio. Limites à Invalidação dos Atos Administrativos, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 1999.